**TC 6.422/1999 - ANULADO POR DECISÃO JUDICIAL[1]**

**RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIOS. Decisão que julgou irregulares as despesas, com ressarcimento e aplicação de multa. Aquisição e instalação de módulos pré-fabricados para salas de aula. Decorrente de Ata de RP. SME. Art. 39, §2º, Lei 9.167/80. Art. 499 CPC. CONHECIDOS. NEGADO PROVIMENTO. Recurso do senhor João Gualberto de Carvalho Menezes. Multa afastada. PROVIDO PARCIALMENTE. Votação unânime.**

**Relatório e voto englobados TCs**: 72.006.417.99-53, 72.006.418.99-16, 72.002.359.02-84, 72.002.444.02-51, 72.003.905.02-6, 72.004.431.02-80.

**2.541ª Sessão Ordinária**

**A C Ó R D Ã O**

Vistos, relatados englobadamente com os TCs 72.006.417.99-53, 72.006.418.99-16, 72.002.359.02-84, 72.002.444.02-51, 72.003.905.02-68 e 72.004.431.02-80, e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

**ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer dos recursos da Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM e dos Senhores Jair Militão da Silva e João Gualberto de Carvalho Meneses, por presentes os pressupostos de admissibilidade, bem como da empresa J. L. Engenharia e Construção Ltda..

**ACORDAM**, ademais, quanto ao mérito, à unanimidade, em negar provimento aos recursos da PFM, do Senhor Jair Militão da Silva e da empresa J. L. Engenharia e Construção Ltda.

**ACORDAM**, ainda, no mérito, à unanimidade, em dar provimento ao recurso interposto pelo Senhor João Gualberto de Carvalho Meneses, para o fim de cancelar a multa a ele aplicada, alterando, assim, parcialmente, o V. Acórdão recorrido, mantendo-se os seus demais termos.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor, ANTONIO CARLOS CARUSO e MAURÍCIO FARIA.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

[1] Anulado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n.º 0032616-83.2011.8.26.0053, Rel. Desembargador Claudio Augusto Pedrassi, 2ª Câmara de Direito Público, julgado em 16jul2013, DJe 19jul2013.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 23 de fevereiro de 2011.

EDSON SIMÕES
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator

**RELATÓRIO ENGLOBADO**

Os TC's que constituem os itens I a VII da minha pauta versam, nesta fase processual, sobre Recursos interpostos em face do v. acórdão de 15 de março de 2006, relativo a despesas realizadas pela Secretaria Municipal de Educação, com base em Ata de Registro de Preços, cujo objeto é o fornecimento e instalação de módulos pré-fabricados para salas de aula em aço galvanizado.

O r. aresto julgou irregulares os referidos gastos, vez que as Atas foram utilizadas "em dissonância com as especificações técnicas constantes do Edital ou para implantação de novas escolas completas", o que não é permitido pela legislação que rege a espécie.

De outra parte, o Egrégio Plenário determinou à Administração que adotasse providências para ressarcimento ao Erário das importâncias pagas a maior, consoante apurado pelos Órgãos Técnicos desta Casa, aplicando, ainda, multa aos titulares, à época, da Secretaria Municipal de Educação e da Superintendência Municipal de Educação.

Aponto, por primeiro, que em todos os TC's houve recurso da Procuradoria da Fazenda Municipal e dos Senhores Jair Militão da Silva e João Gualberto de Carvalho Menezes.

Consigno que também se insurgiram contra a r. decisão empresas detentoras de Atas de Registro de Preços utilizadas para a execução dos serviços, quais sejam, a Tarumã Engenharia Ltda., no bojo do TC numerado como item III, a Logic Engenharia e Construções Ltda. nos autos do TC designado como item IV e a J.L. Engenharia e Construção Ltda. nos TC's mencionados sob itens VI e VII.

Passarei, a seguir, a declinar, embora resumidamente, as razões aduzidas pelos recorrentes, eis que o teor das mesmas se repete em todos os apelos "*sub examinen*".

Inicio analisando as do Órgão Fazendário, que alega que os casos concretos subsumem-se a várias normas de mesma hierarquia, que tutelam valores distintos e apontam soluções contraditórias entre si, o que impõe a aplicação da técnica da ponderação para dirimir os conflitos da forma menos traumática para o sistema legal como um todo.

Nos casos sob exame, ponderou que, sendo imprescindível

assegurar o princípio constitucional do direito à educação e em razão do aumento da demanda escolar, ainda que os instrumentos escolhidos pela Administração não se revelassem os mais apropriados, deve ser ponderado que a utilização das Atas não trouxe prejuízos ao Erário, que os serviços foram efetivamente prestados e que o interesse público foi atendido, não sendo cabível em Direito a decretação de nulidade se não houver consequências jurídicas.

Em remate, requereu o provimento dos Recursos, com a consequente reforma do julgado considerando-se regulares os atos praticados pela Secretaria.

O Senhor Jair Militão da Silva, Superintendente Municipal de Educação à época das contratações, argumentou que as informações disponíveis na ocasião diziam respeito à identificação da demanda escolar, a aspectos de engenharia e execução orçamentária, entre os quais a utilização de Atas de Registro de Preços, fundamentando-se as decisões adotadas em entendimento fornecido pela Secretaria, que considerava legais os atos praticados.

Ao final, pugnou também pelo cancelamento da multa a ele aplicada.

O Senhor João Gualberto de Carvalho Menezes, de sua vez, alegou, em sede de preliminar, que não fora intimado na fase de instrução do processo, somente tomando conhecimento dos fatos constantes dos autos após sua condenação, o que constitui cerceamento ao seu direito de defesa, constitucionalmente assegurado.

No que concerne ao mérito, argumentou que a construção das chamadas “escolas de lata” decorreu da implementação da política de governo adotada à época e que a utilização das Atas permitiu a ampliação das salas de aula necessárias para atender à demanda, consideravelmente aumentada em razão da promulgação da Constituição de 1988 e das disposições insertas no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA e na Lei Federal nº 9.394/96, que estabeleceu as diretrizes e bases da educação nacional.

Acrescentou que as Atas foram utilizadas para construção de salas em caráter emergencial e, finalmente, que o censo escolar de 2000 comprovou o atendimento universal à demanda no Município.

Requereu, por último, sua exclusão do feito, o cancelamento de multa a ele imputada e o reconhecimento da regularidade dos atos praticados.

A Tarumã Engenharia Ltda., a Logic Engenharia e Construções Ltda. e a J. L. Engenharia e Construção Ltda. alegaram, em seus apelos consignados nos TC’s sob itens III, IV, VI e VII:

a) que houve ofensa ao princípio do devido processo legal, vez que só tomaram conhecimento dos fatos após a prolação da decisão do Egrégio Plenário, havendo, portanto, cerceamento do direito de defesa;

b) que os serviços foram efetivamente prestados pelas empresas, sob orientação da Secretaria Municipal de Educação;

c) que o fornecimento e instalação de módulos pré-fabricados constituíam serviços habituais e necessários ao atendimento da demanda escolar, passíveis de serem prestados mediante a utilização da Ata;

d) que o agrupamento de módulos para formação de salas não configura escola nova e completa;

e) que as modificações contratuais visaram ao rápido atendimento ao interesse público;

f) que a execução de serviços complementares foi necessária para a consecução do objeto;

g) que o ressarcimento de qualquer valor à Administração implica o enriquecimento ilícito desta;

h) que os efeitos do julgamento das despesas pelo Tribunal não podem afetar os recorrentes, que só atenderam às determinações do Poder Público.

As manifestações acostadas pela Coordenadoria VI acerca dos Recursos interpostos foram no sentido de que as razões aduzidas não trouxeram aos autos fatos novos capazes de alterar o v. acórdão, deixando, porém, à Assessoria Jurídica de Controle Externo a análise atinente às alegadas ofensas ao princípio do devido processo legal.

A Assessoria, por seu turno, opinou pelo conhecimento dos apelos e, no mérito, pelo improvimento dos Recursos da Procuradoria da Fazenda Municipal e do Senhor Jair Militão da Silva, que não trouxeram novos elementos capazes de modificar o v. acórdão.

No que pertine à preliminar arguida pelas empresas contratadas, entendeu não merecer acolhimento, eis que, para a caracterização do exercício do contraditório e da ampla defesa, é necessário que a parte recorrente esteja sob tutela jurisdicional desta Corte de Contas, o que não ocorre nos casos em análise.

Demais disso, argumentou que o r. *decisum* em momento algum atribuiu às contratadas, na oportunidade, e no âmbito dos TC's examinados, a responsabilidade pelo ressarcimento ao Erário, tão só determinou à Administração que diligenciasse no sentido de obter, administrativa ou judicialmente, a devolução de importâncias pagas a maior.

Dessa forma, o comando dirigiu-se à Secretaria, parte sujeita à

jurisdição desta Corte de Contas, restando prejudicada a alegada violação ao princípio do devido processo legal.

No que tange ao Recurso do Senhor João Gualberto de Carvalho Menezes, considerou procedentes as preliminares relativas à não observância dos princípios constitucionais que regem a espécie, vez que não lhe foi facultado, no momento processual oportuno – fase de instrução - o exercício do direito de defesa e, quanto ao mérito, ponderou que a responsabilidade pelas irregularidades constatadas poderia ser afastada.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, reiterando suas razões recursais, pugnou pelo provimento de todos os apelos.

A Secretaria Geral, louvando-se nos argumentos produzidos pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, propôs o conhecimento dos Recursos, entendendo, em relação às preliminares arguidas pelas empresas, que a determinação inserta no r. *decisum* dirige-se à Administração, que deverá cobrar das contratadas, administrativa ou judicialmente, as quantias pagas a maior.

Ainda, no que diz respeito ao mérito, propugnou pelo provimento do apelo do Senhor João Gualberto de Carvalho Menezes e pelo improvimento de todos os demais.

É o relatório.

## VOTO ENGLOBADO

Por presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos Recursos da Procuradoria da Fazenda Municipal e dos Senhores Jair Militão da Silva e João Gualberto de Carvalho Menezes.

Conheço, também, dos apelos de Tarumã Engenharia Ltda., Logic Engenharia e Construções Ltda. e J.L. Engenharia e Construção Ltda., empresas detentoras de Atas de Registro de Preços utilizadas para a prestação dos serviços, apesar de não serem partes no processo.

Assim o faço embasado no disposto na Lei Orgânica deste Tribunal – Lei n 9.167/80 – que prescreve, em seu artigo 39, § 2º:

> *"§ 2º - Na instrução do processo, admitir-se-ão todas as provas conhecidas em direito, no prazo e forma que dispuser o Regimento Interno, obedecidos os critérios da lei processual."*

Valendo-me desse dispositivo e consultando a lei processual civil, consigno que o artigo 499 do Código de Processo Civil[2], ao disciplinar os Recursos, estabelece que podem recorrer a parte vencida, o terceiro prejudicado e o Ministério Público.

---

[2] **Art. 499**. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público.

Como se depreende, a lei distingue entre parte e terceiro prejudicado, restando, então, examinar se as empresas recorrentes – Tarumã, Logic e J.L – podem ser enquadradas entre as que têm legitimidade para impugnar a decisão prolatada pelo Egrégio Plenário.

Concluo que as apelantes não integraram a relação jurídica inicial, vez que não estão sujeitas à jurisdição do Tribunal, voltada à Administração e, nessa senda, o v. acórdão impôs um comando à Secretaria.

Vê-se entretanto, nos casos concretos, que as recorrentes não são partes em sentido processual – de que parte é aquela que pede (autor) e em face de quem se pede a tutela jurisdicional (réu), - mas, revestem-se da qualidade de terceiro prejudicado – ou seja, aquele que poderia sofrer os efeitos da sentença proferida em relação da qual não é parte e tem legitimidade para recorrer, segundo a lei adjetiva brasileira.

Na verdade, trata-se de intervenção no processo, em fase recursal, de quem não é parte, mas pode ser atingido, ainda que indiretamente, pelo que foi decidido. Assim, o terceiro não pleiteia algo para si mesmo, mas tem interesse em que a decisão beneficie tal ou qual parte, ao lado da qual se posiciona.

Confira-se, sobre o tema, a afirmação de Gilberto Fachetti Silvestre, em artigo publicado na internet[3], ao discorrer sobre a possibilidade de interposição de recurso por terceiro prejudicado e embasado em Chiovenda:

> *"O fundamento disso está no fato de que aos terceiros é imposto o reconhecimento do julgado, mesmo quando contrário aos seus interesses, mas a ninguém é imposto sofrer diminuição em seus direitos por obra de um julgado a que é estranho." ("O terceiro juridicamente prejudicado e seu meio de impugnação de decisão judicial: o recurso de terceiro".)*

A lição de Andrea Proto Pisani, em "*Lezione di Diritto Processuale Civile"*, citada no artigo antes referido, molda-se perfeitamente à espécie e é do seguinte teor:

> *"Allo scopo di eliminare tale incertezza causata dalla esistenza della sentenza inter alios o di prevenire il danno da esecuzione (...), il terzo, pur non essendo soggetto ad alcuna efficacia della sentenza, può avere interesse ad impugnare direttamente la sentenza allo scopo di vedere accertato il suo diritto prevalente (...) e di eliminare la sentenza dal mondo giuridico."* (obra citada, pág. 576).[4]

---

[3] www.jusvi.com/artigos/17060, acesso em 11/02/2011.

[4] Com o escopo de eliminar tal incerteza causada pela existência da sentença entre outros ou de prevenir o dano de execução (...) o terceiro, por não estar sujeito à eficácia da sentença, pode ter algum interesse em impugnar diretamente a sentença, com o escopo de ver reconhecido seu direito prevalente (...) e de eliminar a sentença do mundo jurídico. (tradução nossa).

Dessa forma, não há que se falar, na espécie, em direito de defesa de terceiro, vez que seu ingresso no feito se dá já na fase recursal, pressupondo essa intervenção a existência de sentença que poderia prejudicá-lo; o terceiro não intervém na fase instrutória, reservada às partes.

No que pertine ao exame de mérito de todos os recursos, não tenho como discordar das manifestações dos órgãos técnicos desta Casa e da Secretaria Geral, em face das sólidas razões deduzidas, das quais se depreende que os apelos não trouxeram aos autos qualquer fato novo que possa alterar os termos da v. decisão.

Isto posto, conheço de todos recursos e nego provimento aos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal, pelo Senhor Jair Militão da Silva e pelas empresas Tarumã Engenharia Ltda., Logic Engenharia e Construções Ltda. e J.L. Engenharia e Construção Ltda..

Dou provimento ao Recurso do Senhor João Gualberto de Carvalho Menezes, cancelando a multa a ele aplicada, ficando, assim, alterada parcialmente a v. decisão, nos itens mencionados, mantendo-se os seus demais termos.